



Le statut juridique des passagers clandestins

Les droits de l'homme restent-ils à quai?



MyriaDocs #3

Avril 2017

Le statut juridique des passagers clandestins

Les droits de l'homme restent-ils à quai ?

TABLE DE MATIERE

Introduction	2
1. Méthodologie	3
2. De qui s'agit-il ?	4
3. Quel est le cadre juridique ?.....	7
3.1. En droit maritime	7
3.2. En droit européen : le Code frontières Schengen	9
3.3. En droit belge : l'Arrêté Royal du 11 avril 2005.....	10
3.4. Le Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime.....	10
3.5. L'application éventuelle de la législation en matière de traite ou trafic des êtres humains.....	11
4. Comment cela se passe-t-il en pratique ?	12
4.1. Principe : pas de débarquement	12
4.2. Cas exceptionnels où le passager clandestin est débarqué	13
5. Vers une meilleure protection des droits fondamentaux ?.....	14
5.1. L'assistance d'un avocat	14
5.2. Les droits de l'homme ne s'arrêtent pas aux frontières physiques.....	14
5.3. Protection des droits fondamentaux en vertu de la CEDH.....	17
5.4. Protection des droits fondamentaux en vertu du droit de l'UE	20
5.5. Vers un débarquement systématique ?	22
6. Conclusion et recommandations.....	23

INTRODUCTION

Alors que la Méditerranée engloutit depuis plusieurs années de nombreuses vies de migrants qui risquent la traversée sur des embarcations de fortune, plus au nord et bien loin de l'attention politique et médiatique, les ports belges vivent une autre réalité: celles des passagers clandestins à bord des navires, le plus souvent marchands, qui accostent en Belgique. Même si le phénomène semble relativement faible sur le plan statistique, il s'agit de situations délicates qui posent de multiples questions. Quel est le statut juridique du passager clandestin ? Quelles sont les obligations des différents acteurs (compagnie maritime, police de la navigation, Office des étrangers...) ? Comment garantir les droits fondamentaux de cette population presque invisible et vulnérable (accès à la procédure de protection internationale, recours effectif contre les décisions de refus de débarquement, interdiction des traitements dégradants et de la détention arbitraire,...). A travers ce MyriaDocs, construit sur des visites de terrain et de nombreuses discussions avec les opérateurs concernés, Myria tente de répondre à ces questions et élabore certaines recommandations.

L'encadrement juridique de ces passagers clandestins pourrait clairement être amélioré sur le registre des droits fondamentaux. Nous constatons, comme vous pourrez le lire, qu'un certain nombre de dispositifs pourraient être optimisés.

Les droits fondamentaux des personnes, quels que soit leur statut, ne doivent pas s'arrêter aux grillages – de plus en plus sécurisés – des ports, ni aux passerelles des bateaux. Un passager clandestin qui arrive dans un pays étranger dont il ne connaît souvent pas la langue, souvent après un voyage chaotique ou des événements traumatisants doit être considéré comme une personne vulnérable. Lorsqu'un passager clandestin est découvert par le capitaine à bord du navire et qu'il entre ensuite en contact avec la police de la navigation, il est important qu'il soit parfaitement informé de sa situation ainsi que de ses droits et devoirs. Ceci est d'autant plus crucial que la personne fait souvent l'objet d'une privation de liberté dans un lieu où le contrôle et le droit de regard sur cette détention est très limité.

Les droits fondamentaux des étrangers ne cessent pas là où commence la condition de passager clandestin ; entre ces deux réalités, même en ces lieux juridiquement particuliers que sont les navires, il convient de faire pencher la balance en faveur des droits.

François De Smet
Directeur

1. MÉTHODOLOGIE

Myria – le Centre fédéral Migration – remplit en toute indépendance trois missions légales : informer les autorités publiques sur la nature et l’ampleur des flux migratoires, veiller au respect des droits fondamentaux des étrangers, et stimuler la lutte contre le trafic et la traite des êtres humains.

C’est dans le cadre de ces missions légales que Myria a entamé en 2013 ses activités touchant au respect des droits fondamentaux des passagers clandestins.

La Belgique compte six ports considérés comme des points de passage autorisés des frontières extérieures du territoire Schengen. Le plus important, le Port d’Anvers constitue le second port européen¹.

Myria a effectué plusieurs visites sur le terrain avant de réaliser la présente note ainsi que l’encadré sur les passagers clandestins figurant dans son *rapport La migration en chiffres et en droits 2015*²:

- 7 juillet 2014: port de Gand
- 22 octobre 2013: ports de Zeebruges et Ostende.
- 9 septembre 2013: port d’Anvers

À l’occasion de ces visites, Myria a rencontré la police de la navigation et l’Office des étrangers (OE), avec qui il a entretenu des contacts réguliers et qui lui ont donné certaines précisions sur la manière dont la législation est appliquée et sur les difficultés qu’ils rencontrent pour la faire respecter.

La substance du présent Myriadoc a fait l’objet de discussions lors d’un séminaire d’experts qui s’est tenu dans les locaux de Myria le 21 octobre 2015 auquel ont participé Eva Brems (UGent), Tine Claus (police de la navigation), Jan De Lien (avocat), Véronique de Ryckere (HCR), Luc Leboeuf (EDEM-UCL), Peter Lories (Mediterranean Shipping Company), Philippe Pede (Service des Tutelles- SPF Justice), Brecht Soen (OE), Eric Van Hooydonk (UGent), Eddy Wouters (Antwerpse Scheepvaartvereniging) et qui a permis d’enrichir le contenu de ce document.

Myria remercie la police de la navigation et l’OE pour leur collaboration, ainsi que toutes les personnes qui ont participé au séminaire et à l’élaboration de ce document. Myria porte évidemment seul la responsabilité de son contenu.

Sur la base de ces échanges et des recherches documentaires sur le statut des passagers clandestins, Myria constate que le cadre juridique belge, européen et international présente des lacunes quant à la protection des droits fondamentaux des passagers clandestins. Il propose des pistes pour remédier à certaines de ces lacunes, sans toucher à l’esprit du cadre juridique international relatif aux passagers clandestins (en particulier : au système en cascade pour le débarquement).

¹ Flanders, State of the Art, *The ports of Flanders, Key facts and figures*, mai 2015.

² Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015*, Chapitre 3-Accès au territoire, Encadré 10.

2. DE QUI S'AGIT-IL ?

C'est la situation des passagers clandestins³ qui font escale dans un port belge, à savoir des personnes qui ont été découvertes sur un navire et qui y étaient cachées sans le consentement du propriétaire ou du capitaine qui est au centre de l'analyse présentée. Les passagers clandestins qui sont découverts à bord d'un navire se trouvent donc à la frontière et, selon le législateur, ne sont donc pas encore sur le territoire. Ceux-ci se distinguent des migrants qui tentent de monter à bord d'un navire pour quitter le territoire belge. En effet, ces derniers sont, en revanche, encore sur le territoire, ce qui signifie qu'un autre ensemble de règles juridiques leur est applicable.

Nous examinerons les droits fondamentaux des passagers clandestins, qu'ils aient été signalés par le capitaine ou qu'ils se soient présentés régulièrement à la frontière⁴. Nous partons du principe que l'étranger qui est découvert comme passager clandestin à bord d'un navire est aussi un sujet de droit. Quelle que soit la qualification juridique que les autorités lui appliquent, il s'agit en effet d'une personne physique titulaire de droits subjectifs et de devoirs qu'elle doit pouvoir exercer, tout comme n'importe quel autre sujet de droit.

Nous n'aborderons pas non plus la situation des membres d'équipage qui ne répondent pas aux conditions pour pouvoir pénétrer sur le territoire belge.

Il est difficile d'évaluer avec précision le nombre de passagers clandestins qui se sont retrouvés dans des ports situés en Belgique durant les dix dernières années. En effet, la méthodologie utilisée par l'OE jusqu'en 2014 ne permettait pas de distinguer les passagers clandestins des personnes qui s'étaient présentées aux frontières maritimes dans d'autres circonstances et qui y avaient fait l'objet d'une décision de refoulement car elles ne remplissaient pas les conditions d'admission à l'espace Schengen⁵. Au contraire, la terminologie utilisée par l'Office des étrangers dans ses rapports annuels « **Décisions de refoulements aux frontières maritimes** » pouvait être source de confusion car étaient repris sous cette catégorie les passagers clandestins alors même que la plupart d'entre eux n'ont pourtant jamais fait l'objet d'une décision de refoulement⁶. Aucune donnée n'est disponible en ce qui concerne la nature du refoulement, ou encore le sexe, la nationalité ou l'âge des personnes refoulées.

Dans la rubrique 'refoulements aux frontières maritimes' de son rapport d'activité, l'OE indique que 128 personnes se sont vu refuser, en 2005, l'accès à la zone Schengen⁷. En 2013, elles n'étaient plus que 37 dans ce cas⁸. On constate donc entre 2005 et 2013 une baisse du nombre de décisions de refoulement

³ La *Convention visant à faciliter le trafic international* – ou Convention FAL définit la notion de passager clandestin (voir ci-dessous au point IV. Quel est le cadre juridique?).

⁴ Il convient d'emblée de faire remarquer à cet égard que la norme 4.6.1. de la convention FAL demande que les États signataires de la convention exigent du capitaine que, dès la découverte du passager clandestin à bord du navire, il en informe les autorités du premier port d'escale.

⁵ Tels que être en possession d'un document de voyage en cours de validité, d'un visa, de ne pas faire l'objet d'un signalement SIS, de disposer de moyens de subsistance suffisants, de justifier de l'objet et des conditions du séjour envisagé, etc.

⁶ Voir plus bas : V. *Comment cela se passe-t-il en pratique ?*.

⁷ OE, *Rapport d'activité 2005*, p. 82.

⁸ OE, *Rapport d'activité 2013*, p. 154.

aux frontières maritimes, sans que l'on ne puisse déterminer si cette diminution significative corresponde corrélativement à une diminution du nombre de passagers clandestins.

Tableau 1. Décisions de refoulements aux frontières maritimes (Source : rapport d'activité OE 2005-2013)

Année	Frontière maritime	Nombre
2005	Anvers	102
	Gand	7
	Zeebruges - Blankenberge	13
	Ostende-Nieuport	6
	Total	128
2006	Anvers	91
	Gand	4
	Zeebruges-Blankenberge	13
	Ostende- Nieuport	8
	Total	116
2007	Anvers	73
	Gand	5
	Zeebruges-Blankenberge	5
	Ostende-Nieuport	7
	Total	90
2008	Anvers	63
	Gand	9
	Zeebruges-Blankenberge	11
	Ostende-Nieuport	8
	Total	91
2009	Anvers	37
	Gand	7
	Zeebruges-Blankenberge	11
	Ostende-Nieuport	6
	Total	61
2010	Anvers	65
	Gand	7
	Zeebruges-Blankenberge	10
	Ostende-Nieuport	8
	Total	90
2011	Anvers	25
	Gand	1
	Zeebruges-Blankenberge	6
	Ostende-Nieuport	2
	Total	34
2012	Anvers	32
	Gand	0
	Zeebruges-Blankenberge	7
	Ostende-Nieuport	6
	Total	45
2013	Anvers	28
	Gand	2
	Zeebruges-Blankenberge	2
	Ostende-Nieuport	5
	Total	37

Depuis 2014, l'OE a modifié sa méthodologie et dispose désormais du nombre de passagers clandestins, ventilé par port. De 2014 à 2016, 58 passagers clandestins avaient été comptabilisés. Il n'existe toutefois aucune donnée disponible en ce qui concerne le sexe, la nationalité ou l'âge de ces passagers clandestins.

Tableau 2. Nombre de passagers clandestins (Source : OE)

2014	Anvers	n.d
	Gand	n.d
	Zeebruges-Blankenberge	n.d
	Ostende-Nieuport	n.d
	Total	26
2015	Anvers	16
	Gand	2
	Zeebruges-Blankenberge	2
	Ostende-Nieuport	0
	Total	20
2016	Anvers	11
	Gand	1
	Zeebruges-Blankenberge	0
	Ostende-Nieuport	0
	Total	12

*n.d. = non disponible

Selon la police de la navigation, on constaterait une baisse du nombre de passagers clandestins sur cette période essentiellement due au renforcement des mesures de sécurité prises après les événements du 11 septembre 2001 dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ainsi qu'à la modification de plusieurs lignes maritimes, qui font désormais escale dans d'autres ports européens et internationaux. Dans les ports côtiers, la baisse du nombre de passagers clandestins s'explique aussi, d'après la même source, par la faillite d'une compagnie ferry qui assurait la liaison entre Ostende et le Royaume-Uni.

3. QUEL EST LE CADRE JURIDIQUE ?

Au niveau européen et international, deux instruments juridiques traitent de la situation des passagers clandestins. Il y a d'une part, la Convention visant à faciliter le trafic international⁹, communément appelée **convention FAL**, D'autre part, on trouve aussi une référence aux passagers clandestins dans le **Code frontières Schengen**¹⁰, qui est directement applicable (voir ci-dessous).

Le **cadre juridique belge** relatif aux passagers clandestins s'appuie sur plusieurs textes législatifs. Ceux-ci portent principalement sur les formalités que doit accomplir le capitaine d'un bateau lorsqu'il découvre un clandestin et sur les coûts qui en résultent s'il fait escale dans un port belge. La législation comporte également des dispositions pénales si le capitaine ne respecte pas ses obligations. La loi du 15 décembre 1980 relative au séjour des étrangers ne prévoit aucune disposition spécifique concernant les passagers clandestins et il n'existe pas non plus au niveau belge de dispositions régissant leur débarquement.

Au niveau national, régional et international, il n'existe pas d'instrument juridique spécifiquement consacré à la protection des droits fondamentaux des passagers clandestins. Pour déterminer le statut des passagers clandestins qui font escale dans un port belge, il faut donc lire conjointement les textes provenant de différents pans de notre ordre juridique, comme le droit d'asile, le droit des étrangers, le droit maritime et les instruments de protection des droits de l'homme.

Les traités et les instruments internationaux et régionaux de protection des droits humains s'appliquent également aux passagers clandestins, en particulier l'article 3 de la **Convention européenne des droits de l'Homme** (dans la suite du texte : la CEDH) qui institue l'interdiction de la torture ainsi que de peines ou de traitements inhumains ou dégradants. Les États signataires sont tenus de respecter cet article, qui ne tolère aucune dérogation, y compris vis-à-vis des personnes en séjour irrégulier. En effet, la CEDH s'applique à toute personne qui relève de la juridiction des États signataires. Il ressort de notre analyse que cette notion de 'relève de la juridiction des États signataires' doit être interprétée de manière large, en ce compris lorsque des personnes se trouvent dans les eaux territoriales sur un bateau qui navigue sous pavillon étranger. Par conséquent, les garanties contenues à l'article 3 de la CEDH s'appliquent également aux passagers clandestins. Ce point sera abordé plus en détail à la section VI.

3.1. En droit maritime

La convention de FAL

La **convention FAL** contient entre autres des normes et recommandations sur les procédures relatives au traitement des passagers clandestins. Elle instaure un système en cascade pour déterminer l'État membre qui est responsable de leur débarquement, et donc où et comment le débarquement peut avoir lieu.

⁹ Convention visant à faciliter le trafic international, 9 avril 1965, à consulter sur www.imo.org.

¹⁰ Règlement (UE) n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

La convention FAL est un instrument juridiquement contraignant. Cependant, elle fonctionne avec un mélange de normes et de recommandations de pratiques. La Belgique étant signataire de ce texte, sa législation nationale reflète les normes qui sont fixées dans la convention.

Elle définit le passager clandestin, comme la « personne qui est cachée à bord d'un navire, ou qui est cachée dans la cargaison chargée ultérieurement à bord du navire, sans le consentement du propriétaire ou du capitaine du navire, ou de toute autre personne responsable, et qui est découverte à bord du navire après que celui-ci a quitté le port, ou dans la cargaison lors du déchargement au port d'arrivée, et est déclarée aux autorités compétentes, par le capitaine, comme étant un passager clandestin ».

La norme 4.6.1. de la convention demande aux gouvernements contractants qu'ils exigent du capitaine du navire que, dès la découverte du passager clandestin à bord, il en informe les autorités du premier port où il fait escale.

La norme 4.1. stipule que toutes les dispositions relatives aux passagers clandestins doivent être appliquées dans le respect des principes de la protection internationale¹¹ tels qu'ils ont été fixés dans des instruments internationaux, dont la Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés et « dans les textes législatifs nationaux pertinents »¹².

Le principe de non-refoulement doit être respecté à tout moment et ne se limite pas au droit relatif aux réfugiés. Ce principe découle notamment de l'article 3 de la Convention des Nations unies contre la Torture, de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 3 de la CEDH. De plus, l'interdiction du refoulement fait partie du droit coutumier et même, selon des juristes, des normes impératives (jus cogens). Un passager clandestin ne peut donc pas être renvoyé dans un pays dans lequel il peut craindre des persécutions, non seulement au sens de la Convention des Nations unies relative aux réfugiés, mais aussi dans lequel il court un risque réel d'être condamné à mort, d'être torturé ou de voir sa vie menacée par une guerre (civile) ou des traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3 de la CEDH. La norme 4.6.3 précise qu'au cas où un passager clandestin déclare être un réfugié, le gouvernement contractant doit donner des instructions au capitaine du navire afin qu'il traite ces renseignements de manière confidentielle afin d'assurer la sécurité du passager concerné.

D'autre part, la norme 4.4.1. de la convention FAL oblige à traiter les 'cas d'embarquement clandestin' conformément aux principes humanitaires en vigueur, notamment ceux mentionnés à la norme 4.1. Elle ajoute qu'il ne faut jamais perdre de vue la sécurité de l'exploitation du navire ainsi que la sécurité et le bien-être du passager clandestin.

La convention FAL stipule enfin que le clandestin ne peut pas être obligé de travailler à bord du navire (norme 4.5.1.), sauf en cas de situation d'urgence ou pour ce qui est des tâches en rapport avec sa situation à bord. Le passager clandestin peut cependant travailler de son plein gré à bord du navire¹³.

¹¹ Nous songeons également aux articles 6 (droit à la vie) et 7 (interdiction de la torture et de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Aucun État ne peut renvoyer une personne dans un autre État où il y a des raisons substantielles de croire que sa vie sera en danger ou qu'elle sera soumise à la torture.

¹² Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951; Protocole de l'ONU relative au statut des réfugiés, 31 janvier 1967.

¹³ Manuel explicatif de la Convention visant à faciliter le trafic international, 1965, amendé le 10 octobre 2010, disponible sur : www.imo.org.

La Convention de Bruxelles (pas en vigueur)

Hormis, la Convention FAL, il doit être précisé qu'une convention élaborée en 1957 par la Conférence diplomatique sur le droit maritime porte plus spécifiquement sur la situation des passagers clandestins. La Convention internationale sur les passagers clandestins¹⁴, dite **Convention de Bruxelles**. Elle met en place un système qui a pour particularité de prévoir que le passager clandestin sera livré par le capitaine du navire à l'autorité compétente du premier port où le navire fait escale après sa découverte. L'autorité compétente devra recevoir ce passager clandestin, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une « mesure antérieure individuelle d'expulsion ou de refoulement ».

Cette autorité pourra ensuite le renvoyer – dans l'ordre – 1) vers le pays dont il a la nationalité, 2) à défaut, celui où il a embarqué, et 3) si cela n'est pas possible, dans le dernier port où il a fait escale avant d'être découvert. Enfin, si toutes ces options ne peuvent être mises en œuvre, il sera renvoyé vers l'État dont le navire où il a été découvert porte le pavillon. Néanmoins, tant le capitaine que les autorités compétentes du port de débarquement sont tenues de tenir « compte des motifs que le passager clandestin invoquerait pour ne pas être débarqué ou renvoyé » vers le port ou pays compétent en vertu de la Convention et les droits et obligations de l'État relatifs au droit d'asile y sont également rappelées. Les coûts relatifs à l'entretien et le renvoi sont en principe à charge du propriétaire du navire.

Cette Convention n'est cependant jamais entrée en vigueur, à défaut d'avoir atteint le seuil requis de ratification¹⁵. Ceci est sans doute lié à l'obligation qui y figure pour l'Etat contractant de réceptionner le passager clandestin dans le premier port après sa découverte, principe qui a rencontré de nombreuses réticences depuis l'adoption de la Convention, y compris en Belgique¹⁶.

3.2. En droit européen : le Code frontières Schengen

On trouve dans le **Code frontières Schengen**¹⁷, qui est directement applicable, une référence aux passagers clandestins. L'article 19, lu conjointement avec le point 3.1.4 de l'annexe VI, oblige le capitaine du navire à déclarer sans délai les passagers clandestins découverts à bord. Il est explicitement précisé que ceux-ci restent sous la responsabilité du capitaine.

Le Code frontières Schengen ne comporte aucune disposition spécifique relative aux droits fondamentaux des passagers clandestins ou au traitement qui doit leur être réservé. On trouve dans son préambule cette considération transversale portant sur les droits fondamentaux: *'Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il devrait être mis en œuvre dans le respect des obligations des États membres en matière de protection internationale et de non-refoulement'* (considérant 36).

¹⁴ Convention internationale sur les passagers clandestins, 10 octobre 1957.

¹⁵ L'article 8 de la Convention requiert la ratification par 10 États, or seul 7 États dont la Belgique en 1975, l'ont ratifiée au moment de la rédaction de ce document. Voir : Comité maritime international, annuaire 2015, p.481, http://www.comitemaritime.org/Uploads/Yearbooks/CMI_Yearbook_2015%20FINAL.pdf.

¹⁶ Chambre des Représentants, Session 1972-1973, 16 novembre 1972, n°442.

¹⁷ Règlement (UE) n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

3.3. En droit belge : l'Arrêté Royal du 11 avril 2005

L'Arrêté royal du 11 avril 2005¹⁸ relatif au contrôle frontalier aux frontières maritimes externes définit la notion de passager clandestin comme « toute personne qui, de façon irrégulière, se trouve à bord d'un bateau ou dans la cargaison qui y est chargée, et qui est découverte soit à bord du bateau après le départ, soit dans la cargaison dans le port de destination »¹⁹. Ces termes ne sont pas exactement les mêmes que ceux de la convention FAL, mais il vise les mêmes personnes.

Cet AR oblige le capitaine à établir, dans les 24 heures après son arrivée dans le port belge, une liste des passagers clandestins qui se trouvent à bord.

On ne trouve dans cet AR aucune disposition relative aux droits fondamentaux et au traitement des passagers clandestins.

3.4. Le Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime

Les dispositions pénales applicables sont contenues dans la loi qui révisé le **Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime**²⁰. Les articles 44-46 en constituent les dispositions essentielles. Ils précisent les obligations du capitaine, les modalités financières et les dispositions pénales si le capitaine ne respecte pas ses obligations. Le Code ne contient pas d'autre disposition relative à la protection et au traitement des passagers clandestins.

L'article 45 § 2 de ce Code stipule que le capitaine peut mettre la personne découverte à bord à la disposition de l'autorité de la police fédérale chargée de la police des eaux (soit, dans la suite du texte, la police de la navigation). L'article 45 §1 l'oblige à informer la police de la navigation de la présence du passager clandestin si son premier port d'escale, après la découverte de celui-ci, est un port belge²¹. Si la police de la navigation décide de renvoyer le passager clandestin, elle peut obliger le capitaine à le reprendre à son bord. Conformément à l'article 46, le débarquement de cette personne n'est cependant possible que moyennant l'accord préalable de la police de la navigation.

Notons que le cadre juridique belge²² n'est pas conforme aux conventions internationales. Conformément à l'article 44 §4 du Code belge, le passager clandestin peut être obligé de travailler en rapport avec ses aptitudes, sans avoir droit à une rémunération. Ceci est contraire à l'interdiction de faire travailler des passagers clandestins à bord d'un navire sauf en cas de situation d'urgence ou pour ce qui est des tâches en rapport avec leur situation à bord²³ et à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé²⁴.

¹⁸ Arrêté royal du 11 avril 2005 relatif au contrôle frontalier aux frontières maritimes externes, MB 25 avril 2004.

¹⁹ Article 1 de l'Arrêté royal du 11 avril 2005 relatif au contrôle frontalier aux frontières maritimes externes, MB 4 mai 2005.

²⁰ Loi du 5 juin 1928 portant révision du Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime, MB 26 juillet 1928.

²¹ Le capitaine d'un navire belge à l'étranger est également soumis à cette obligation. Dans ce cas, il doit informer sans délai le fonctionnaire compétent du poste consulaire belge dans le ressort duquel se trouve son premier port d'escale.

²² Art. 44 de la loi du 5 juin 1928 portant révision du Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime, MB 26 juillet 1928.

²³ Norme 4.5.1. de la convention FAL.

C'EST POURQUOI MYRIA RECOMMANDE DE RESPECTER L'INTERDICTION DE L'ESCLAVAGE ET DU TRAVAIL FORCÉ, EN ADAPTANT L'ARTICLE 44§4 DU CODE DISCIPLINAIRE ET PÉNAL POUR LA MARINE MARCHANDE ET LA PÊCHE MARITIME

3.5. L'application éventuelle de la législation en matière de traite ou trafic des êtres humains

Lorsqu'un passager clandestin est découvert par l'équipage du navire, il existe un risque qu'il soit soumis à des comportements qui répondent à la définition de la traite ou du trafic d'êtres humains. Il pourrait être question de traite notamment si la personne est transportée « à des fins d'exploitation de la prostitution ou d'autres formes d'exploitation sexuelle » ou « à des fins de travail ou de services, dans des conditions contraires à la dignité humaine »²⁵. Il pourrait être question de trafic si un membre de l'équipage contribue « de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l'entrée » irrégulière sur le territoire belge, « en vue d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial »²⁶. Lorsque les circonstances permettent aux autorités en contact avec le passager clandestin de soupçonner raisonnablement qu'il est victime de traite, celles-ci ont l'obligation de le protéger des auteurs et de mener une enquête²⁷. La loi impose aux policiers qui « disposent d'indices » qu'un étranger est victime de traite ou de trafic aggravé²⁸, de l'informer de la possibilité d'obtenir un statut de séjour s'il contribue à l'enquête²⁹. La loi belge permet à certaines conditions aux autorités belges de poursuivre des faits de traite ou de trafics, même si ceux-ci ont été commis à l'étranger. Ce sera le cas si l'auteur est trouvé en Belgique³⁰.

Myria recommande que les passagers clandestins soient correctement informés de la possibilité de bénéficier de la protection en tant que victime de traite ou de trafic aggravé d'êtres humains. Afin de mieux détecter et sanctionner les responsables de traite, Myria recommande également que la police fasse appel aux collaborateurs des centres spécialisés dans l'accueil des victimes de la traite lorsque des indices d'exploitation sont présents et que ceux-ci puissent avoir accès aux navires pour assister les victimes potentielles.

²⁴ Art. 4 de la CEDH. Voir aussi d'autres instruments internationaux tels que la Convention de 1930 sur le travail forcé (Convention n°29) de l'OIT ; la Convention de 1958 sur l'abolition du travail forcé (Convention n° 105) de l'OIT.

²⁵ Art. 433quinquies du Code pénal.

²⁶ Art. 77bis de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers.

²⁷ Ces obligations de protection et d'enquête découlent notamment de l'article 4 de la CEDH (CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, § 286-288 ; *C.N. c. Royaume-Uni*, § 67-69).

²⁸ Ce sera le cas si certaines circonstances aggravantes sont présentes, comme par exemple la mise en danger de la vie de la victime, ce qui devra être apprécié par le magistrat amené à traiter le dossier.

²⁹ Art. 61/2 de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers.

³⁰ Art. 10ter et 12 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

4. COMMENT CELA SE PASSE-T-IL EN PRATIQUE ?

4.1. Principe : pas de débarquement

Lorsque le capitaine découvre la présence d'un passager clandestin sur son navire, il en informe la police de la navigation du port belge où le navire fera escale et le mentionne sur une liste relative aux passagers clandestins. Celle-ci doit être transmise 24 heures avant son arrivée. Ensuite, la police de la navigation informe l'OE. Conformément à la convention FAL, le passager clandestin reste en principe à bord, et donc sous la responsabilité du capitaine (3.1.4 de l'annexe VI du Code frontières Schengen).

La police de la navigation contrôle les conditions de vie à bord en accordant une attention particulière aux conditions de logement, aux vêtements et aux relations du passager clandestin avec l'équipage. Le cas échéant, elle peut prendre des mesures. Elle peut également se faire accompagner d'un médecin, qui se prononce sur l'état de santé du passager clandestin. Ce contrôle à bord sera effectué à plusieurs reprises, tant que le navire se trouve au port.

À l'occasion de nos rencontres, la police de la navigation nous a indiqué qu'un rapatriement par les airs a lieu dans le cas où le navire ne retourne pas dans les 14 jours vers son port d'embarquement parce qu'il poursuit l'itinéraire prévu. Toutefois, ceci n'est possible que si le passager clandestin dispose des documents de voyage requis. Le rapatriement est effectué aux frais de l'armateur. Entre-temps, le passager clandestin reste détenu à bord du navire. Dans certains cas, il est aussi reconduit au port d'embarquement par des 'navires frères' (même armateur, même affréteur).

Au début de nos entretiens avec la police de la navigation et l'Office des étrangers, il n'est pas apparu clairement quelle décision était signifiée à qui et par qui. On nous a d'abord indiqué qu'une 'interdiction de débarquement' était notifiée au passager clandestin par la police de la navigation, sans que ce dernier ne puisse contester cette mesure. Mais ceci n'est pas dans la logique de l'esprit du texte du Code frontières Schengen : en effet, c'est au capitaine qu'une telle décision doit être notifiée.

Progressivement, les choses se sont clarifiées. L'OE a confirmé qu'une 'interdiction de débarquement' était bien signifiée par la police de la navigation au capitaine du navire puisqu'en fin de compte c'est lui, aux termes du Code frontières Schengen, qui reste responsable du passager clandestin. La police de la navigation souligne que cette interdiction est la matérialisation d'une mesure administrative prise dans le cadre de la police des eaux et que la nature de cette mesure n'autorise pas de recours contre elle.

La police de la navigation établit un dossier individuel par clandestin. Ce dossier contient les formalités d'arrivée, dont 'l'audition' du passager clandestin. Ceci permet d'une part de contrôler la véracité des informations reprises dans le 'stowaway questionnaire' (que le capitaine rédige dès le premier contact à bord avec le passager clandestin, alors que le navire est encore en mer) et, d'autre part, de donner au passager clandestin des explications orales sur sa situation. La police de la navigation affirme une fois encore qu'il s'agit d'une mesure administrative, contre laquelle aucun recours n'est possible.

L'OE ne prend pas de mesure de refoulement (annexe 11) et ne délivre pas non plus d'autre décision au passager clandestin. Sa position est en effet que l'étranger ne s'est jamais présenté à un poste frontière et n'a donc jamais pénétré sur le territoire : tant qu'il reste à bord sous la responsabilité du capitaine, il ne

pourrait donc pas être question d'une tentative pour pénétrer en Belgique sans répondre à au moins une des conditions d'entrée.

4.2. Cas exceptionnels où le passager clandestin est débarqué

- Si le passager clandestin demande l'**asile**, la police de la navigation prend contact avec l'OE. Celui-ci prend l'une ou plusieurs des trois décisions suivantes : décision de refoulement du demandeur d'asile (annexe 11ter - signifiée par la police de la navigation), annexe 25 (demande d'asile à une frontière extérieure - signifiée par la police de la navigation) et décision de détention dans un lieu déterminé à la frontière (signifiée par l'OE). L'OE transmet ensuite le dossier de la demande d'asile au Commissariat général aux réfugiés et apatrides (CGRA). Après que le capitaine et l'agent maritime ont fourni les garanties nécessaires, l'étranger débarque et l'OE le transfère dans un centre fermé. La procédure d'asile est alors entamée conformément à l'article 50ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire³¹.
- **Mineurs étrangers non accompagnés (MENA)** : si le passager clandestin est manifestement mineur ou s'il déclare être mineur, la police de la navigation en informe l'OE et le Service des Tutelles³². Celui-ci peut monter à bord du navire avec la police de la navigation. Au cas où il n'y a aucun doute sur le statut réel de mineur de l'intéressé, le MENA est transféré au Service des Tutelles. La procédure ordinaire pour les MENA est alors déclenchée et les décisions sont ensuite notifiées à son tuteur. En cas de doute sur la qualité de mineur du passager clandestin, un test est réalisé pour déterminer son âge. Dans l'attente du résultat de ce test, le passager clandestin est reconduit à bord du navire. Si le test confirme que l'étranger est bien mineur, il est transféré au Service des Tutelles. Dans le cas contraire, il reste sous la responsabilité du capitaine, à qui est notifiée une interdiction de débarquement. Le Service des Tutelles ne fait pas réaliser ce test si le prétendu MENA est manifestement majeur. Dans ce cas, le passager clandestin reste à bord.
- En cas de **problèmes médicaux**, le passager clandestin est transféré dans un hôpital pour y être soigné. S'il peut ensuite revenir à bord, aucune décision ne lui est notifiée. Dans ce cas, on lui délivre cependant un 'fit to travel'. S'il ne peut pas retourner à bord, il se verra en principe délivrer une décision de refoulement éventuellement accompagnée, en cas de détention en centres fermés, d'une décision de maintien.
- Un débarquement est aussi effectué en cas de comportement violent ou de rapatriement aux frais de l'armateur³³, par un autre moyen que le bateau.

³¹ L'étranger qui tente d'entrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées à l'article 2, doit introduire sa demande d'asile auprès des autorités chargées du contrôle aux frontières, au moment où celles-ci l'interrogent sur les raisons de sa venue en Belgique.

³² En ce qui concerne les obligations et les tâches du tuteur, voir : Titre XIII, chapitre VI : Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, Loi-programme du 24 décembre 2002.

³³ Cela se fait par une intervention du P&I club – Protection and indemnity – la compagnie d'assurances de l'armement.

5. VERS UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ?

5.1. L'assistance d'un avocat

Le passager clandestin à bord d'un navire qui fait escale dans un port belge ne reçoit aucune décision quant à sa situation et à l'interdiction de pénétrer sur le territoire. L'interdiction *de facto* de pénétrer sur le territoire implique également qu'il est détenu à bord du navire, ce qui a pour conséquence évidente d'entraver sa liberté. Mais comme aucune décision n'est notifiée à l'intéressé, le passager clandestin ne dispose d'aucun moyen de droit pour contester sa détention. Qui plus est, il n'a pas automatiquement accès à un avocat ou à quelqu'un qui pourrait lui apporter une assistance juridique. S'il en fait la demande, un avocat pro-deo peut être désigné.

Pour avoir la possibilité de contester le refoulement et la détention, Myria considère que le passager clandestin doit bénéficier de l'assistance systématique d'un avocat, qui doit pouvoir prendre effectivement contact avec lui, en ayant accès au navire si le passager clandestin n'est pas débarqué³⁴. Vu la situation de vulnérabilité particulière du passager clandestin, il faudrait, selon Myria qu'une aide juridique totalement gratuite soit accordée aux personnes concernées. Les passagers clandestins devraient être considérés comme personnes sans ressources pour les conditions d'accès à l'aide juridique et être dispensés du ticket modérateur récemment instauré³⁵.

5.2. Les droits de l'homme ne s'arrêtent pas aux frontières physiques

Selon le droit international et la Convention de l'ONU sur le droit de la mer, les eaux territoriales font partie du territoire de l'État côtier³⁶, et l'Etat exerce sa souveraineté sur la mer territoriale jusqu'à une distance de 12 milles marins, même si celle-ci s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures³⁷. C'est ce qui ressort aussi d'un rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), qui s'est penché sur le respect des droits humains aux frontières maritimes. La FRA affirme que : *"The territorial sea is a belt of sea not exceeding 12 nautical miles (Article 3 of UNCLOS) from a state's coast. Within such a belt, the coastal state exercises sovereign rights (Article 2 of UNCLOS). Apart from the right of innocent passage through the territorial sea enjoyed by foreign ships, the territorial sea is comparable to the land territory of a state. Once an individual is within the territorial sea, the EU asylum acquis applies. This means that all substantial and procedural guarantees enshrined in EU law for asylum seekers apply. This includes, but is not*

³⁴ En 1991, l'importance de cette disposition a été confirmée par le tribunal correctionnel de première instance d'Anvers. Le tribunal, suivi en cela par la cour d'appel, a acquitté un avocat poursuivi par le ministère public pour avoir aidé des étrangers à pénétrer de manière irrégulière sur le territoire et pour avoir enfreint la loi sur la marine marchande parce qu'il s'était rendu "sans l'autorisation du capitaine" à bord d'un navire amarré dans le port d'Anvers afin d'apporter une assistance juridique à un passager clandestin. L'acquittement se fondait sur le motif juridique de l'état de nécessité (Corr. Anvers, 18 novembre 1991, reproduit dans Anne Maesschalk, Nadine Buyse, *Les chemins de l'exil*, EPO, 1991, pp. 143-146. L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 26 mars 1992 confirmant ce jugement n'est pas reproduit).

³⁵ Il conviendrait d'ajouter les passagers clandestins dans la liste de l'art. 1^{er} §2 de l'AR du 18 décembre 2003 déterminant les conditions de la gratuité totale ou partielle du bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne et de l'assistance judiciaire et adapter l'art. 508/17 §4 du Code judiciaire concernant les dispenses du ticket modérateur. Sur la réforme de l'aide juridique, voir Myria, [Être étranger en Belgique en 2016, MyriaDocs #2](#), pp. 23-27.

³⁶ E. SOMERS, *Inleiding tot het internationaal zeerecht*, 2004, Mechelen, Kluwer, pp. 76 – 77.

³⁷ Convention de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, art. 2 §1 et art. 3.

limited to, the prohibition on returning any person who has submitted an asylum application before a final decision has been taken on his or her claim".³⁸

Dès le moment où le navire pénètre dans les eaux territoriales belges ou dans les eaux intérieures, nous pouvons donc en déduire que l'Etat belge y exerce sa juridiction et est par conséquent responsable de reconnaître des droits fondamentaux aux personnes qui s'y trouvent ³⁹.

L'impossibilité de placer un poste frontière Schengen à l'endroit géographique où commencent les eaux territoriales ne doit pas nous conduire à conclure que le passager clandestin ne relève pas de la juridiction de l'Etat belge.

A plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme (dans la suite du texte : Cour EDH) a confirmé que les obligations des États membres dans le domaine des droits de l'homme ne s'arrêtaient pas à leurs frontières physiques. En vertu du principe de non-refoulement, il est interdit de renvoyer des individus dans leur pays d'origine ou dans d'autres pays où ils risquent de subir des persécutions, des tortures ou d'autres sévices graves. Les États membres de l'UE sont tenus de respecter ce principe dans le cadre des contrôles frontaliers, y compris en mer .

Dans l'affaire Sharifi, la Cour a considéré que « même les interceptions en haute mer » tombent sous l'empire de l'interdiction d'expulsions collectives (article 4 du protocole 4 de la CEDH) et qu' « il ne peut qu'en aller de même pour le refus d'admission sur le territoire national »⁴⁰.

Dans l'arrêt Hirsi Jamaa et autres contre Italie⁴¹, les requérants -des réfugiés originaires de Somalie et d'Érythrée- avaient été interceptés en pleine mer par les autorités italiennes en mai 2009, puis reconduits en Libye par des navires militaires italiens. Deux de ces réfugiés sont décédés après leur arrivée en Libye dans des circonstances troubles. D'autres ont été reconnus comme réfugiés par l'UNHCR. Les requérants ont saisi la Cour EDH en dénonçant une violation de l'article 3 de la CEDH. Selon l'Italie, les requérants ne relevaient pas de la juridiction italienne parce qu'il s'agissait d'une simple opération de sauvetage et la CEDH ne serait donc pas applicable. La Cour a rejeté ce point de vue, affirmant que la nature et l'objectif de l'intervention des navires militaires étaient sans objet. L'Italie n'était pas non plus déchargée de ses responsabilités sous prétexte que les faits s'étaient déroulés en pleine mer. En effet, les migrants se trouvaient sur un navire militaire qui battait pavillon italien et dont tout le personnel avait la nationalité italienne. C'est pourquoi la Cour estime que l'Italie exerçait bel et bien un contrôle total, *de jure* et *de facto*, sur les requérants et que la CEDH était donc applicable.

La Cour EDH affirme donc que les obligations des États membres, en matière de respect des droits de l'homme, ne s'arrêtent pas à leurs frontières physiques. Comme, d'après le droit international et la Convention de l'ONU sur le droit de la mer, les eaux territoriales font partie du territoire de l'État côtier, nous pouvons en déduire qu'elles relèvent, *de jure* et *de facto*, de la juridiction belge. À l'exception du droit de passage inoffensif dont jouissent les navires qui battent pavillon étranger, les eaux territoriales doivent

³⁸ FRA, Fundamental rights at Europe's southern sea borders, 2013, p.40

³⁹ Ceci découle notamment de l'article 1^{er} de la CEDH selon lequel « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

⁴⁰ Cour EDH, Sharifi et autres c. Italie et Grèce, 21 octobre 2014, § 212.

⁴¹ Cour EDH, Hirsi Jamaa e.a. contre Italie, 23 février 2012, n° 27765/09.

être assimilées au territoire. Il est important de faire observer à cet égard que la Convention de l'ONU sur le droit de la mer parle d'un passage quand un navire ne fait pas escale dans une installation portuaire⁴². Par conséquent, les dispositions relatives au passage inoffensif ne s'appliquent pas si le navire s'arrête temporairement dans un port.

En droit international maritime, la loi applicable à bord d'un navire est en principe celle du pavillon⁴³. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ceci n'exclut pas la responsabilité d'un autre Etat en matière de droits fondamentaux si celui-ci exerce « un contrôle absolu (...), au moins de facto » sur ce navire⁴⁴. Dans l'affaire *Medvedyev*, la Cour a considéré que la France était responsable d'une action menée par des militaires français à l'encontre d'un navire battant pavillon cambodgien contre des membres de l'équipage alors que le navire avait été arraisonné en haute mer parce qu'il était suspecté de transporter de la drogue. Alors que les personnes ont été privées de liberté à l'intérieur du navire cambodgien, la grande chambre de la Cour a considéré à l'unanimité que la France était responsable de leur privation de liberté.

Dans l'affaire *Kebe*, la Cour a considéré que la protection des droits fondamentaux d'un passager clandestin relevait bien de la juridiction de l'Etat du port ukrainien où le navire a fait escale et non de celui du pavillon (Malte). La Cour a explicitement rejeté l'argument de l'Etat ukrainien qui plaidait que Malte était responsable parce que le navire battait pavillon maltais et était à tout moment libre de quitter le port ukrainien. Selon la Cour dès le moment où la police ukrainienne a exercé son pouvoir de contrôle à la frontière à l'égard du passager clandestin (en l'espèce en montant à bord du navire pour le contrôler), la protection de ses droits fondamentaux relevait de l'Ukraine⁴⁵.

En ce qui concerne les bateaux ayant accosté dans les ports belges, l'Etat belge exerce un contrôle certain et exclusif sur les passagers clandestins puisque ceux-ci doivent être systématiquement signalés à la police de la navigation par le capitaine⁴⁶. On peut en déduire que la Belgique peut être considérée comme responsable du respect des droits de l'homme en vertu de l'article 1^{er} de la CEDH, tout comme dans la Cour l'a décidé dans l'affaire *Medvedyev*.

Rappelons enfin également la jurisprudence de divers cours et tribunaux sur le caractère prétendument extraterritorial de la zone de transit dans les aéroports. En effet, l'OE se fonde sur une fiction juridique selon laquelle les passagers clandestins ne se présentent pas à un poste frontalier et ne se trouvent donc pas sur le territoire, ce qui fait, selon lui, qu'une série de droits fondamentaux ne leur seraient pas applicables. La Cour EDH a déjà considéré à plusieurs reprises, dans des conditions analogues, qu'un tel raisonnement était une violation de la CEDH.

Ainsi, elle a estimé dans plusieurs arrêts qu'en aucun cas les Etats membres ne pouvaient créer un statut d'extraterritorialité à leurs frontières. C'est notamment le cas dans l'arrêt *Amuur*, qui stipule : « *La Cour note que même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français. En dépit*

⁴² Articles 17 et 18 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Montego Bay*, 10 décembre 1982.

⁴³ Voir notamment les articles 91, 92, 27 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Montego Bay*, 10 décembre 1982.

⁴⁴ Cour EDH (GC), *Medvedyev et autres c. France*, 29 mars 2010, § 67.

⁴⁵ Cour EDH, *Kebe c. Ukraine*, 12 janvier 2017, § 72-77.

⁴⁶ Art. 45 §1 de la loi du 5 juin 1928 portant révision du Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime.

de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité »⁴⁷. L'arrêt *Shamsa* précise pour sa part : « La Cour constate que même si les requérants ne se trouvaient pas en Pologne au sens où l'entend le Gouvernement, leur maintien dans la zone de transit les faisait relever en fait du droit polonais. Rien dans l'argumentation présentée par le Gouvernement ne lui permet de considérer que la zone en question bénéficie du statut d'extraterritorialité »⁴⁸. La Cour est parvenue à la même conclusion concernant la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles national dans son arrêt *Riad et Idiab* qui a condamné la Belgique pour détention irrégulière⁴⁹.

Cette jurisprudence a également été confirmée par le Conseil du Contentieux des Étrangers⁵⁰. Celui-ci affirme que la zone de transit de l'aéroport fait effectivement partie du territoire belge, ce qui est aussi explicitement indiqué dans l'arrêt 102.722 du 21 janvier 2002 du Conseil d'État. L'étranger peut faire valoir les mêmes droits dans cette zone de transit que les étrangers qui séjournent sur le territoire belge.

L'impossibilité physique dans laquelle se trouvent les passagers clandestins de se présenter à un poste frontière ne signifie pas que la Belgique n'est pas responsable du respect des droits de l'homme. Le fait qu'une personne se trouve ou non, dans ce cas, sur le territoire d'un pays est une pure fiction juridique, au sens des arrêts de la Cour EDH, qui souligne en outre que les droits humains ne s'arrêtent pas aux frontières physiques. Par conséquent, la Belgique ne peut pas invoquer un statut d'extraterritorialité pour échapper à ses obligations nationales et internationales de respect des droits de l'homme. La police de la navigation doit également informer le passager clandestin de son droit à demander une protection internationale⁵¹ et l'État belge ne peut pas non plus se soustraire à cette obligation.

5.3. Protection des droits fondamentaux en vertu de la CEDH

La Belgique est donc tenue de respecter ses obligations nationales et internationales en matière de droits de l'homme, quel que soit le statut qu'elle accorde à l'endroit où le clandestin se trouve dans les eaux territoriales. Cela signifie que le passager clandestin peut puiser des droits dans la CEDH, dont les dispositions clés en la matière sont les articles 3, 13 et 5. Ce dernier article mentionne notamment les cas dans lesquelles une personne peut être détenue (5.1), et consacre le droit d'introduire un recours (5.4). Par ailleurs, nous nous référons aussi à l'article 4 de la CEDH qui interdit l'esclavage et le travail forcé. Comme déjà mentionné, la législation belge actuelle, qui autorise le capitaine à faire travailler le passager clandestin à bord sans rémunération, contrevient à cette disposition.

Il y a peu de jurisprudence sur la situation des passagers clandestins. À défaut, nous nous baserons sur la jurisprudence relative à la situation des étrangers qui se présentent à d'autres endroits de la frontière, par exemple à l'aéroport. Bien que les cas ne soient pas identiques, il est possible d'en déduire des principes qui, par analogie, sont également applicables à la situation des passagers clandestins.

Article 3 et 13 CEDH : interdiction de la torture et droit au recours effectif

⁴⁷ Cour EDH, *Amuur c. France*, 20 mai 1996, 17/1995/523/609, § 52.

⁴⁸ Cour EDH, *Shamsa c. Pologne*, 27 novembre 2003, 45355/99 et 45357/99, § 45.

⁴⁹ Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, § 68-80.

⁵⁰ Conseil d'État, arrêt n° 50390, 28 octobre 2010.

⁵¹ Cette obligation est explicitement imposée par la directive Procédures, art. 8 (voir ci-dessous).

L'article 3 de la CEDH interdit la torture ainsi que les peines ou les traitements inhumains ou dégradants. Les garanties qu'il comporte sont aussi applicables aux passagers clandestins.

En outre, l'article 13 relatif au droit à un recours effectif de la CEDH peut être invoqué lorsque le passager clandestin peut démontrer une violation éventuelle des droits et des libertés que lui confère la CEDH. Dans ce cas, il a droit à un recours effectif devant une instance nationale, même si cette violation a été commise par des personnes dans l'exercice de leur fonction officielle.

Dans la pratique actuelle, seul le passager clandestin qui fait part de son besoin de protection internationale peut exercer ses droits. Dans ce cas, il est débarqué et il peut invoquer la législation belge et européenne en matière d'asile. Mais qu'en est-il du passager clandestin qui n'est pas en mesure d'exprimer une crainte de persécution ou un besoin de protection ? Il n'est pas mis en contact avec un avocat qui pourra analyser sa situation avec lui et mettre à jour d'éventuels besoins de protection.

Qu'en est-il aussi du passager clandestin qui n'a pas besoin d'une protection internationale *stricto sensu*, mais qui doit néanmoins être protégé et pour qui l'absence d'une telle protection peut entraîner une violation de l'article 3 de la CEDH ? Quels droits peut-il faire valoir ? Comment peut-il invoquer son droit à un recours effectif s'il n'est pas informé de la décision qui est prise à son encontre ? Selon la Cour européenne des droits de l'homme, un État qui interdit à un passager clandestin d'entrer sur son territoire doit prévoir un recours suspensif de plein droit contre la décision de refoulement lorsqu'il existe un risque réel de mauvais traitements⁵². Dans l'affaire Hirsi Jamaa, la Cour a en tout cas affirmé que le fait que les intéressés n'aient pas fait de demande d'asile ne déchargeait pas, dans ces circonstances, la partie signataire du traité de ses obligations qui découlent de l'article 3 de la CEDH. C'est à l'État lui-même d'examiner à quoi l'intéressé sera soumis s'il est renvoyé dans un État où il y a des violations systématiques des droits de l'homme⁵³.

Enfin, comment et devant quelle juridiction le passager clandestin pourrait-il faire valoir que les conditions dans lesquelles il se trouve à bord sont, à son sens, dégradantes ou contraires à sa dignité. La Grande Chambre de la Cour EDH s'est prononcée récemment sur ce type de situation dans l'affaire Khlaifia⁵⁴, relative à la situation d'étrangers arrivés sur l'île de Lampedusa et qui furent notamment retenus pendant plusieurs jours sur des navires en vue de leur éloignement. Elle a considéré que l'absence « *de voie de recours qui aurait permis aux requérants de dénoncer les conditions d'accueil (...) à bord des navires* » était constitutive d'une violation de l'article 13 combiné à l'article 3 de la CEDH. En pratique, le passager clandestin ne dispose d'aucune possibilité de recours et ne bénéficie même pas d'un mécanisme de plaintes, tel que celui qui existe pour les étrangers détenus en centres fermés, pour invoquer des manquements dans ses conditions de détention.

⁵² Cour EDH, *Kebe c. Ukraine*, 12 janvier 2017, § 100-108.

⁵³ Cour EDH, *Hirsi Jamaa e.a. contre Italie*, 23 février 2012, n° 27765/09, §§132-133.

⁵⁴ Cour EDH (G.C.), *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, n° 16483/12.

Article 5 CEDH : Droit à la liberté et à la sûreté

Si un passager clandestin ne peut pas débarquer, il est *de facto* privé de sa liberté. L'article 5 de la CEDH contient certaines garanties essentielles à cet égard. Ainsi, toute personne qui est privée de sa liberté a le droit de contester cette décision en justice.

L'article 5(1), f de la CEDH autorise la détention, selon une voie légale, s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Toutefois, l'article 5 (4) stipule que toute personne qui est privée de sa liberté « a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

Le refus d'autoriser le passager clandestin à débarquer revient à le priver de sa liberté. Dans l'affaire *Khlaifia*, la Cour EDH s'est prononcée sur la notion de privation de liberté. Les autorités italiennes considéraient que les intéressés n'avaient pas été détenus mais que toutes les mesures avaient été prises pour leur sûreté et en vue de les assister, dans une situation humanitaire.

La Cour a rappelé sa jurisprudence qui permet de faire la distinction entre privation de liberté et restrictions à la liberté de circuler. C'est essentiellement dans le degré et l'intensité des restrictions que réside la différence, quelle que soit la qualification retenue en droit interne. « Il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères propres à son cas particulier comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions 1996-III*, et *Stanev c. Bulgarie [GC]*, no 36760/06, § 115, *CEDH 2012*) ».⁵⁵ Des critères tels que le manque de liberté de mouvement ou l'impossibilité de communiquer avec l'extérieur ou de quitter les lieux ont permis à la Cour de considérer dans cette affaire que les intéressés avaient bien été détenus.

Le fait de maintenir des passagers clandestins à bord de navires semble répondre aux mêmes caractéristiques et doit donc être considéré comme une mesure de détention au sens de l'article 5 de la CEDH. Cette privation de liberté doit se faire conformément aux garanties procurées par la CEDH⁵⁶, ce qui implique qu'elle doit respecter une procédure légale. Ces conditions doivent en outre être conformes à la dignité humaine, à défaut de quoi cela pourrait entraîner une violation de l'article 3 de la CEDH. Pour satisfaire au principe général de sécurité juridique, les conditions de détention doivent donc être définies par le droit interne, qui doit être clair et accessible - et la loi elle-même doit être prévisible dans son application⁵⁷.

Pour l'instant, ce n'est pas le cas. En effet, dans la pratique belge actuelle, les passagers clandestins ne sont pas traités de la même manière que d'autres personnes qui sont retenues à la frontière parce qu'elles tentaient de pénétrer irrégulièrement sur le territoire. Les seules dispositions qui concernent quelque peu la détention du passager clandestin sont celles qui stipulent que le capitaine ne peut pas laisser le passager en question débarquer. Elles ne contiennent aucune garantie relative au passager clandestin lui-même. Ainsi, celui-ci ne dispose d'aucun moyen pour demander à la justice de statuer rapidement sur la légalité de sa détention, ce qui est pourtant exigé par l'article 5 §4 de la CEDH.

⁵⁵ Cour EDH (G.C.), *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, n° 16483/12, § 64.

⁵⁶ Cour EDH, *M.A. et M.M. c. France*, 23 novembre 1999, n° 39671/98.

⁵⁷ Cour EDH (G.C.), *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, n° 16483/12, § 92.

Myria recommande donc que, dans l'hypothèse où les autorités perdureraient à permettre la détention des passagers clandestins dans des navires situés dans les ports belges, celle-ci soit encadrée par un cadre législatif prévoyant des garanties adéquates notamment concernant la privation de liberté, les conditions de détention et les droits des passagers clandestins détenus, les mécanismes de recours, de plaintes et de contrôle de la détention⁵⁸.

Dans la jurisprudence, on ne retrouve qu'un seul cas où des passagers clandestins se sont adressés à la Cour EDH pour contester leur détention à bord⁵⁹. L'affaire date de 1997, lorsque deux hommes qui étaient montés clandestinement à bord d'un navire à Douala (Cameroun), ont été découverts à l'approche d'un port français. Les services français de l'immigration ont ordonné au capitaine de les garder à son bord. Les passagers clandestins ont contesté cette décision en arguant que l'on n'avait pas statué rapidement sur la légalité de leur détention et se sont adressés à la Cour EDH en invoquant les articles 5 (4) et 13 de la CEDH. La Cour a cependant estimé que leur requête était irrecevable parce qu'en l'espèce les plaignants avaient manifestement obtenu une décision rapide. Malgré ce caractère d'irrecevabilité, la décision démontre que même des passagers clandestins peuvent faire appel à l'article 5 de la CEDH (en combinaison avec l'article 13) puisque ceci n'a pas été remis en cause par la Cour EDH.

5.4. Protection des droits fondamentaux en vertu du droit de l'UE

Acquis en matière d'asile

Rappelons que les eaux territoriales font partie du territoire d'un État membre. L'acquis européen en matière d'asile s'applique donc dès le moment où un individu se trouve dans les eaux territoriales et la Belgique doit respecter entre autres les garanties de la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 (dite 'directive qualifications'), de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 (dite 'directive procédures') et de la directive 2013/33 du 26 juin 2013 (dite 'directive accueil')⁶⁰. En vertu de la directive procédures, les États membres doivent :

1. Fournir des informations sur la possibilité d'introduire une demande d'asile « s'il existe des éléments donnant à penser que » des étrangers « placés en rétention dans des centres de rétention ou présents à des points de passage frontaliers, y compris les zones de transit aux frontières extérieures, peuvent souhaiter présenter une demande de protection internationale » ;
2. Fournir des services d'interprétation aux points de passage frontaliers « dans la mesure nécessaire pour faciliter l'accès à la procédure d'asile » ;
3. Veiller à ce que « les organisations et les personnes qui fournissent des conseils et des orientations aux demandeurs puissent accéder effectivement aux demandeurs présents aux points de passage frontaliers, y compris aux zones de transit, aux frontières extérieures »(art. 8).

Cette directive s'applique également aux frontières maritimes et dans les eaux territoriales ou dans les zones de transit des États membres (art. 3 § 1).

Il importe donc que le passager clandestin se voit, en conformité avec les directives européennes en matière d'asile, informé de la possibilité d'introduire une demande de protection internationale. De plus, le passager

⁵⁸ En ce qui concerne le contrôle de la détention, voir Myria, *La Migrations en chiffres et en droits* 2016, p.237.

⁵⁹ Cour EDH (déc.), *M.A. et M.M. c. France*, 23 novembre 1999, n° 39671/98.

⁶⁰ La refonte de la directive relative à l'accueil contient en effet un encadrement juridique pour la détention des demandeurs d'asile.

clandestin devait également avoir accès à l'assistance d'un avocat afin de pouvoir examiner sa situation avec lui et faire valoir ses droits.

Code frontières Schengen

Au cours de l'un de nos échanges, l'OE a fait remarquer que les passagers clandestins ne peuvent pas se présenter aux frontières extérieures parce qu'il leur est physiquement impossible de se présenter à un point de passage frontalier. Étant donné qu'ils ne manifesteraient donc pas leur éventuelle intention de se présenter à la frontière, le Code frontières Schengen ne leur serait pas applicable dans sa totalité. C'est pourquoi l'OE souligne que seul l'article 19, lu conjointement avec le point 3.1.4 de l'annexe VI, serait d'application dans leur cas, à savoir que le capitaine du navire doit déclarer sans délai la présence de passagers clandestins à son bord et que ceux-ci restent sous sa responsabilité.

Une enquête menée par le Réseau européen des Migrations⁶¹ fait cependant apparaître que six des dix-sept États membres qui ont répondu au questionnaire appliquent intégralement le Code frontières Schengen aux passagers clandestins. Plusieurs États membres se servent du formulaire standard conforme à l'annexe V du Code frontières Schengen qui leur ouvre une possibilité de recours contre la décision. Dans ces États membres⁶², le passager clandestin peut donc puiser des garanties de procédure fournies par le Code frontières Schengen. Celui-ci stipule en effet que l'étranger qui se voit refuser l'accès au territoire doit recevoir une décision motivée en ce sens (article 13,2), contre laquelle il peut introduire un recours (article 13, 3).

Ainsi aux Pays-Bas, une première décision est destinée au capitaine du navire : indication de l'obligation de rapatriement de l'armateur (un modèle 30). Il s'agit d'une décision qui signifie que le passager clandestin ne peut pas pénétrer sur le territoire et que le capitaine est responsable de son rapatriement. Elle peut faire l'objet d'un recours administratif. Une seconde décision est également notifiée au passager clandestin. Elle comporte deux volets. Le premier interdit au passager clandestin l'accès au territoire. Le second volet concerne la privation de liberté. Le passager clandestin reçoit une décision par laquelle il est détenu à un endroit bien précis, qui peut être le navire. Il est possible de faire appel contre ces mesures.

Myria suit la même logique que ces États membres et recommande aux autorités belges d'adopter une pratique similaire. Cela permettrait aux passagers clandestins de faire également appel aux garanties fixées dans le Code frontières Schengen et aux droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tels que le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial (article 47). Contrairement à la CEDH, l'article 47 est un droit qui a une valeur autonome et qui peut donc être exercé sans qu'une autre disposition de la Charte ne doive être invoquée.

⁶¹ EMN, Ad-Hoc Query on the National legal framework concerning the status of stowaways, Requested by BE EMN NCP on 11th Décembre 2014, Compilation produced on 2nd February 2015, [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/illegal-immigration/2014_637_emn_ahq_on_national_legal_framework_on_the_status_of_stowaways_\(wider_dissemination\).pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/illegal-immigration/2014_637_emn_ahq_on_national_legal_framework_on_the_status_of_stowaways_(wider_dissemination).pdf).

⁶² France, Allemagne, Lituanie, Pays-Bas, Portugal, Bulgarie.

5.5. Vers un débarquement systématique ?

La Convention de Bruxelles⁶³, qui prévoit le débarquement systématique du passager clandestin au premier port où le navire fait escale après sa découverte n'est jamais entrée en vigueur. Pourtant, le système de débarquement proposé par cette convention, semble comporter moins de risques en termes de droits humains qu'une détention sur le bateau.

Ce débarquement pourrait avoir comme corollaire un renvoi par la voie aérienne qui semble *a priori* plus rapide, offrir plus de garanties en matière de contrôle de l'éloignement et des meilleures conditions de voyage. La question se pose toutefois de la concrétisation de ce retour par avion. Cela requerrait-il un passage obligé dans un centre fermé, avec une détention qui pourrait se prolonger par exemple en cas de difficulté d'identification ? Le contrôle des autorités aéroportuaires au pays de destination présente-t-il dans certains pays plus de risques de mauvais traitements à l'arrivée que celui réalisé actuellement par les autorités maritimes ?

Les frais du rapatriement, quelle que soit le moyen de transport emprunté, sont à la charge de l'armateur du navire, ce qui se fait généralement par l'intervention de son assureur⁶⁴. D'après les informations récoltées par Myria avec différents acteurs, les armateurs seraient plutôt favorables à un renvoi par avion, le coût d'un transport par avion étant en effet souvent plus réduit que celui requis pour transporter un passager clandestin par bateau, qui doit parfois pour se faire modifier sa trajectoire.

Myria recommande aux autorités d'examiner de manière approfondie les avantages que représente en principe le système de débarquement systématique et de retour par la voie aérienne, plutôt que maritime, en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux du passager clandestin. Myria encourage les autorités à jouer un rôle actif au niveau international pour mettre en place un nouveau système qui soit à la fois plus praticable pour les opérateurs maritimes et qui offre de plus importantes garanties pour le passager clandestin.

⁶³ Voir ci-dessus, point IV, A.2.

⁶⁴ Il s'agit du Protection and indemnity (P&I) club, des mutuelles d'assurance pour armateurs qui couvrent la plupart des responsabilités légales ou contractuelles liées à l'exploitation du navire que l'assuré du navire soit armateur, affréteur ou opérateur du navire.

6. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Cette analyse des droits fondamentaux révèle que le cadre juridique belge présente des déficiences. Celles-ci concernent notamment l'autorisation d'une forme de travail forcé, l'absence d'informations claires, de décisions formelles, d'encadrement des conditions de détention, l'accès problématique à la protection internationale et au statut de protection pour les victimes de traite ou de trafic aggravé des êtres humains, etc.

Ces manquements peuvent s'expliquer dans une certaine mesure par les limites des instruments internationaux touchant à la situation des passagers clandestins. En effet, ces instruments ont été rédigés en vue de faciliter le trafic maritime et non dans une perspective de défense des droits de l'homme. Il n'empêche que ces circonstances n'enlèvent rien aux obligations des autorités belges de répondre à leurs obligations en matière de droits de l'homme, et en particulier aux articles 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), 5 (droit à la liberté et à la sûreté) et 13 (droit à un recours effectif) de la CEDH.

C'est pourquoi nous plaçons pour qu'un cadre juridique et administratif formel entoure la situation du passager clandestin et que les autorités envisagent un système basé sur débarquement comme règle et non plus comme exception, et le retour en principe par la voie aérienne, plutôt que maritime.

Afin de ne pas violer les droits des personnes concernées, une décision de refoulement et interdiction éventuelle de débarquement doit être signifiée au capitaine du navire *et* au passager clandestin. Elles devraient explicitement mentionner son droit à faire appel de ces décisions ainsi qu'à bénéficier de l'assistance d'un interprète et d'un avocat.

Un mécanisme indépendant de contrôle de la détention devrait également pouvoir surveiller ce lieu de privation de liberté.

Enfin, en cas de refoulement, un monitoring doit être organisé sur la manière dont celui-ci se déroule et sur le traitement du passager clandestin à l'arrivée par les autorités du pays de destination .

Un tel système serait de nature à améliorer sensiblement la condition juridique du passager clandestin en Belgique et permettrait à notre pays de respecter ses obligations nationales et internationales.

RECOMMANDATIONS

Myria recommande :

- aux autorités d'examiner de manière approfondie les avantages que représente en principe le système de débarquement systématique et de retour par la voie aérienne, plutôt que maritime, en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux du passager clandestin. Myria encourage les autorités à jouer un rôle actif au niveau international pour mettre en place un nouveau système qui soit à la fois plus praticable pour les opérateurs maritimes et qui offre de plus importantes garanties pour le passager clandestin ;
- que dans l'hypothèse où les autorités perdureraient à permettre la détention des passagers clandestins dans des navires situés dans les ports belges, celle-ci soit encadrée par un texte législatif prévoyant des garanties adéquates notamment concernant la privation de liberté, les conditions de détention et les droits des passagers clandestins détenus, les mécanismes de recours, de plaintes et de contrôle de la détention, un monitoring sur la manière dont le refoulement se déroule et sur le traitement du passager clandestin à l'arrivée par les autorités du pays de destination;
- d'intégrer dans la loi l'obligation de remettre de manière systématique une décision au passager clandestin concernant l'accès au territoire (refoulement) et une éventuelle privation de liberté, ainsi qu'une information au sujet de ses droits dans une langue comprise;
- que le passager clandestin se voit informé de la possibilité d'introduire une demande de protection internationale ainsi que de la possibilité de bénéficier de la protection en tant que victime de traite ou de trafic aggravé d'êtres humains ;
- de respecter l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (prévue par la norme 4.5.1 de la convention FAL et l'article 4 de la CEDH), en adaptant l'article 44 §4 du Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime, qui permet actuellement d'imposer au passager clandestin d'effectuer un travail en rapport avec ses aptitudes, sans avoir droit à une rémunération ;
- que la police fasse appel aux collaborateurs des centres spécialisés dans la traite lorsque des indices d'exploitation sont présents et que ceux-ci puissent avoir accès aux navires pour assister les victimes potentielles afin de mieux détecter et sanctionner les responsables de traite des êtres humains ;
- que le passager clandestin bénéficie de l'assistance systématique et totalement gratuite d'un avocat, qui doit pouvoir prendre effectivement contact avec lui, en ayant accès au navire si le passager clandestin n'est pas débarqué.

Colophon

MyriaDocs #3 *Le statut juridique des passagers clandestins*

La rédaction de cette analyse a été clôturée en mars 2017.

Éditeur et auteur

Myria

Rue Royale 138

1000 Bruxelles

T : 02 212 30 00

F : 02 212 30 30

myria@myria.be

www.myria.be

.....

Rédaction : Petra Baeyens, Mathieu Beys, Julie Lejeune et Deborah Weinberg, avec l'aide de toute l'équipe de Myria

Mise en page de la couverture : Myria

Photo couverture : © Belga

Éditeur responsable : François De Smet

Remerciements : Myria tient à remercier la police de la navigation et l'Office des étrangers pour leur collaboration, ainsi que toutes les personnes qui ont participé au séminaire et à l'élaboration de ce document. Myria porte évidemment seul la responsabilité de son contenu.

.....

Cette publication est disponible en français et en néerlandais sur le site web de Myria: www.myria.be.

.....

Myria encourage le partage des connaissances, mais il insiste sur le respect dû aux auteurs et contributeurs de tous les textes de cette publication. Ce texte ne peut être utilisé comme source d'information que moyennant mention de l'auteur et de la source. Aucune reproduction, exploitation commerciale, publication ou adaptation partielle ou intégrale des textes, photos, illustrations graphiques ou de tout autre élément protégé par des droits d'auteur ne pourra en être faite sans l'accord préalable et écrit de Myria. Pour l'utilisation des images, veuillez prendre contact avec Myria.